E-ISSN: 2622-7045 I P-ISSN: 2654-3605
UNES LAW REVIEW
https://review-unes.com uneslawreview@gmail.com +62 856-5804-3983
DOI: https://doi.org/10.31933/unesrev.v6i1
Received: 25 September 2023**, Revised:** 20 Oktober 2023**, Publish:** 23 Oktober 2023
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Subjek Hukum Investasi Internasional dalam Forum ICSID: Teori dan Praktiknya

M. Azka Haiban[1]
[1]Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, Indonesia
Email: azkahaiban@gmail.com

Corresponding Author: azkahaiban@gmail.com

Abstract: *Foreign Direct Investment (FDI) is essential in a globally integrated economic system when the host country needs the resources necessary for the development of its country's economy. However, differences in nationality make foreign investors vulnerable to host country government interference in their businesses. The inability of investors to participate in the democratic process in host countries makes International Investment Agreements (IIAs) and Bilateral Investment Treaties (BITs) important as a basis for providing substantive protection for investors. ICSID is a forum often referred to by investors in defending their rights and fulfilling their interests, as well as providing a dispute resolution system that allows every foreign investor to file a lawsuit against the host state government as the ICSID Convention regulates this. The results of the analysis show that the interpretation of subjects that can be disputed in ICSID can refer to Article 25(1) of the ICSID Convention. However, in practice, differences in tribunal interpretation in deciding which party can proceed and fulfill the dispute resolution criteria in the ICSID forum differ in several cases. In the case of East Kalimantan Regional Government vs PT Kaltim Prima Coal, the tribunal decided that the East Kalimantan Regional Government had stepped into the shoes of the State based on Article 25 (3) of the ICSID Convention. On the other hand, the acceptance of the Oleovest lawsuit by ICSID shows that non-state legal entities, in this context, multinational corporations, have the legitimacy to become parties to international investment disputes in several dispute resolution forums, such as ICSID, as long as there is relevance or relationship between the plaintiff and the BIT which is the basis of the activity. foreign investment or foreign investment in the host country.*

Keyword: *BITs, ICSID Forum, Foreign Investment, Host State, Tribunal*

Abstrak: Foreign Direct Investment (FDI) merupakan hal esensial dalam sistem perekonomian yang telah terintegrasi secara global ketika host state membutuhkan sumber daya yang diperlukan untuk pengembangan perekonomian negaranya. Namun, perbedaan kewarganegaraan menjadikan investor asing rentan terhadap campur tangan pemerintah host state dalam usaha mereka. Ketidakmampuan investor berpartisipasi dalam proses demokrasi di negara tuan rumah menjadikan International Investment Agreements (IIAs) dan Bilateral Investment Treaties (BITs) penting sebagai landasan dalam memberikan perlindungan substantif bagi investor. ICSID merupakan forum yang sering dirujuk para investor dalam

membela hak dan memenuhi kepentingannya, serta menyediakan sistem penyelesaian sengketa yang memungkinkan setiap investor asing untuk mengajukan gugatan terhadap pemerintah host state sebagaimana ICSID Convention mengatur hal tersebut. Hasil analisis menunjukkan bahwa penafsiran subjek yang dapat bersengketa di ICSID dapat merujuk pada Pasal 25 ayat 1 Konvensi ICSID. Namun praktiknya, perbedaan penafsiran tribunal dalam memutus pihak mana dapat beracara dan memenuhi kriteria penyelesaian sengketa dalam forum ICSID berbeda dalam beberapa kasus. Pada kasus Pemda Kalimantan Timur vs PT Kaltim Prima Coal, tribunal yang memutus bahwa Pemda Kaltim sudah stepped into the shoes of the State dengan berdasar pada Pasal 25 ayat 3 Konvensi ICSID. Di sisi lain, diterimanya gugatan Oleovest oleh ICSID menunjukkan bahwa badan hukum non negara dalam konteks ini korporasi multinasional memiliki legitimasi untuk menjadi pihak dalam sengketa investasi Internasional dalam beberapa forum penyelesaian sengketa seperti halnya ICSID sepanjang terdapat relevansi atau hubungan antara penggugat dengan BIT yang menjadi landasan aktivitas penanaman modal asing atau investasi asing di Negara tuan rumah.

Kata Kunci: BIT, Forum ICSID, Foreign Investment, Host State, Tribunal.

PENDAHULUAN

Perekonomian dunia telah mengalami globalisasi dimana negara dapat diasumsikan sebagai perusahaan publik yang diiliki oleh pemegang saham dimanapun ia berada. *Foreign Direct Investment* (FDI) merupakan hal esensial dalam sistem perekonomian saat ini yang telah terintegrasi secara global dimana ketika *host state* membutuhkan sumber daya keuangan, teknologi, dan lainnya yang diperlukan untuk pengembangan perekonomian negaranya maka FDI dapat menjadi solusi dari permasalahan yang dialami.[1] [1]Masuknya modal asing bagi perekonomian Indonesia merupakan tuntutan keadaan baik ekonomi maupun politik Indonesia. *Foreign Direct Investments* (FDI) dapat berbentuk aset yang diperoleh dalam bentuk fisik, seperti gedung, pabrik, mesin atau peralatan, atau dapat berupa sebagian dari saham perusahaan asing. Perbedaan kewarganegaraan menjadikan investor asing sangat rentan terhadap campur tangan pemerintah tuan rumah dalam usaha mereka. Pada saat yang sama, ketidakmampuan mereka untuk berpartisipasi dalam proses demokrasi di Negara tuan rumah membuat mereka sulit untuk memperkirakan dan mengawasi tindakan pemerintah. Untuk itu, dibentuklah *International Investment Agreements* (IIAs) dan *Bilateral Investment Treaties* (BITs). Perlindungan substantif yang diberikan oleh BIT dan IIAs dapat dilaksanakan sesuai dengan klausul penyelesaian sengketa yang terkandung dalam perjanjian tersebut. Klausul ini biasanya mengatur penyelesaian perselisihan antara investor dan negara tuan rumah.[2]

Salah satu Organisasi Internasional yang menjadi rujukan para investor dalam membela hak dan memenuhi kepentingannya dalam menyelesaikan sengketa dibidang investasi adalah *the International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).[33] *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) merupakan salah satu tempat yang sering kali menjadi rujukan para investor dalam membela hak dan memenuhi kepentingannya dalam

[1] Stephen Blythe, "The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Bilateral Investment Treaties," *International Lawyer* 47, no. 2 (2013): 273.

[2] Peter Quayle and Xuan Gao, eds., *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution, International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution*, (Leiden, Netherlands: Brill | Nijhoff, 2019), https://doi.org/10.1163/9789004407411.

[3] Andrea K. Bjorklund, *The Legitimacy of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, *Legitimacy and International Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), https://doi.org/10.1017/9781108529570.009.

menyelesaikan sengketa dibidang investasi.[4]Saat ini, 164 Negara sudah menjadi anggota dan secara aktif beracara di ICSID. Salah satunya yakni Indonesia yang sudah mengikatkan diri dalam Konvensi Washington 1965 melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 sehingga Indonesia secara otomatis terikat dan tunduk pada putusan arbitrase ICSID.[5] Sebagai forum penyelesaian sengketa investasi yang mengedepankan prinsip konsensus dari para pihak melalui proses konsiliasi atau arbitrase antara Negara tuan rumah dan penanam modal asing secara setara, tanpa campur tangan Negara penanam modal, ICSID memiliki pernan penting dalam perkembangan hukum penanaman modal dan investasi asing di dunia.[6]

Pendefinisian mengenai subjek hukum dalam investasi dan penanaman modal internasional tentu penting dalam rangka menentukan *rationae personae*. Terdapat beberapa konvensi yang menyediakan dasar hukum penyelesaian sengketa investasi internasional disamping dari BIT atau RTA yang menjadi landasan diadakannya investasi atau penanaman modal asing. Salah satunya Konvensi ICSID. Pasal 25 Konvensi ICSID sebenarnya telah menentukan bahwa subjek hukum yang dapat mengajukan gugatan adalah Negara, Agen Negara dan individu atau badan hukum yang berkewarganegaraan Negara Peserta. Namun, dalam praktiknya Pasal *a quo* diartikan berbeda-beda. Hal ini tidak lepas dari definisi investasi yang tidak secara konkrit disebutkan dalam Konvensi ICSID dan beragamnya pengertian para pihak dalam hal ini investor dalam setiap BIT yang dibuat.[7]

ICSID menyediakan sistem penyelesaian sengketa yang memungkinkan setiap investor asing dari suatu negara yang telah menandatangani perjanjian investasi untuk mengajukan gugatan terhadap pemerintah tuan rumah dengan alasan bahwa negara tersebut belum memenuhi kewajibannya berdasarkan perjanjian tersebut.[8] Hal ini tertuang dalam *Article 25 (1)* Konvensi ICSID yang menentukan,

"The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally"

Berdasarkan aturan tersebut, maka terlihat bahwa subjek yang dapat mengajukan gugatan di ICSID tidak hanya Perwakilan Negara atau agen Negara namun juga individu dari Negara anggota lain. Meskipun aturan ini dianggap sudah mencantumkan secara jelas siapa subjek hukum yang dapat beracara di ICSID, namun dalam praktiknya masih terdapat perbedaan penafsiran. Selain itu, tulisan ini juga akan membahas mengenai kapan bisa diajukan dan berakhirnya kesempatan para pihak untuk mengajukan gugatan di forum arbitrase internasional. Hal ini menjadi menarik sebab pada praktiknya terdapat alasan seperti *sunset clause* yang memungkinkan para pihak menggunakan BIT yang sudah berakhir masa berlakunya sebagai dasar pengajuan gugatan di forum arbitrase internasional.[99]

---

[4] Andrea K. Bjorklund, *The Legitimacy of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, *Legitimacy and International Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), doi:10.1017/9781108529570.009.

[5] T Setiady, "Peran Arbitrase Icsid Dalam Kerangka Penanaman Modal Di Indonesia," *Yustitia* 4, no. 2 (2018): 209–22, https://doi.org/10.31943/yustitia.v4i2.41.

[6] Catherine A. Rogers, "The Politics of International Investment Arbitrators," *Santa Clara Journal of International Law* 12, no. 1 (2013): 233.

[7] Stephan Wittich, "International Investment Law," *The Practice of Shared Responsibility in International Law*

[8] Rihwanto, 2016) (Bernasconi-osterwalder, 2020) (Adolf, 2005) (Salviana, 2018)ob Rihwanto, "Bilateral Investment Treaties Dan Penyelesaian Arbritase Internasional (Studi Kasus Pencabutan Izin Kuasa Pertambangan Churchill Mining)," *Jurnal Lex Renaissance* 1, no. 1 (2016): 107–25, doi:10.20885/jlr.vol1.iss1.art7.

[9] Bernasconi-osterwalder et al., "Terminating a Bilateral Investment Treaty," *International Institute for Sustainable Development*, no. MARCH (2020).

Terdapat beberapa pertanyaan yang masih menjadi polemik dalam penafsiran aturan tersebut. Sebagaimana kita ketahui bahwa hak untuk memberikan dan menarik kewarganegaraan orang perseorangan merupakan bagian dari domain kedaulatan negara. Pertanyaannya, apakah dan sejauh mana suatu negara dapat menolak untuk mengakui kewarganegaraan penggugat? Pertanyaan selanjutnya, dalam hal penggugat merupakan agen negara yang jelas-jelas tercantum hak dan kewajibannya dalam peraturan perundang-undangan domestik apakah bisa mengajukan gugatan kehadapan forum penyelesaian sengketa internasional dalam tulisan ini mengambil contoh ICSID dengan mengatasnamakan Negara? Untuk menjawab pertanyaan tersebut, penulis menggunakan dua contoh kasus di ICSID yang dianggap cukup relevan yakni Kasus Pemerintah Kalimantan Timur vs PT Kaltim Prima Coal Rio Tinto Plc Bp P.L.C. Pacific Resources Investments Limited Bp International Limited Sangatta Holdings Limited Kalimantan Coal Limited (2007); dan Oleovest PTE LTD v Indonesia (2016).

Beberapa artikel penulisan telah menyajikan dan membahas perihal konsep investasi asing serta kasus-kasus yang terkait. Namun, pembahasan tersebut masih berfokus pada kasus tertentu dan prosedur penyelesaian yang ditempuh. Pada tulisan ini akan mencoba melihat bagaimana penafsiran tribunal ICSID mengenai pihak yang dapat beracara di forum tersebut dalam teori dan praktiknya, serta akan membahas pula kasus yang melibatkan Indonesia dalam sengketa investasi asing. Pada bagian pertaman akan membahas BIT sebagai landasan adanya investasi asing. Bagian kedua akan membahas ICSID sebagai forum penyelesaian sengketa investasi dan pada bagian ketiga akan membahas terkait dengan kasus yang melibatkan Indonesia serta akan melihat pula bagaimana penafsiran tribunal atas sengketa tersebut. Bagian terakhir akan dilengkapi dengan kesimpulan dan saran sebagai penutup pada pembahasan artikel ini.

METODE

Penelitian ini menggunakan metode hukum normatif yang berdasarkan pada kajian data sekunder. Dalam penelitian hukum data sekunder meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yaitu data dari literatur yang ada. Seperti jurnal ilmiah, buku, internet, peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan sumber lain yang dapat dijadikan literasi dalam penelitian. Data dikumpulkan melalui studi literatur.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Bilateral Investment Treaty (BIT) sebagai Landasan Adanya Investasi Asing

Bilateral Investment Treaty (BIT) merupakan suatu perjanjian internasional sekaligus sumber hukum ekonomi internasional. Perjanjian internasional bilateral tersebut merupakan metode untuk meningkatkan hubungan ekonomi antar negara. Kemunculan BIT dimulai pada periode 1960-an, yang mana pada waktu itu banyak dilakukan oleh Negara Eropa untuk mengatur penanaman modal suatu warga negara di wilayah negara lainnya. Sejak awal kemunculannya, BIT mendorong banyak negara untuk melakukannya karena adanya dorongan kuat dari warga negara dan perusahaan tertentu untuk mengadakan pengadaan modal langsung di negara lain. BIT sendiri dianggap penting untuk dapat melindungi penanam modal dari perubahan hukum nasional di wilayah negara tempat investasi. Serta BIT dapat memberikan rasa aman bagi para investor dari tindakan-tindakakn tidak adil para pejabat pemerintahan *host state.*[10]

Di Indonesia, BIT juga bukan merupakan hal yang asing. BIT merupakan perjanjian antara dua negara untuk meningkatkan dukungan, promosi, dan perlindungan masing-

[10] Huala Adolf, Hukum Ekonomi Internasional: Suatu Pengantar. Cetakan keempat, (Bandung: Rajawali Pers, 2005), hal 149

masing negara dengan timbal balik di wilayah negara lain oleh perusahaan yang menjadi dasar pendirian di masing-masing negara tersebut.[11] Menurut Henry C. Bell, BIT adalah "*A bilateral investment treaty (BIT) is an agreement establishing the terms and conditions for private investment by nationals and companies of one state inanother state. This type of investment is called foreign direct investment (FDI)".*[12] BIT bertujuan untuk memastikan perlindungan terhadap investasi asing berdasarkan standar internasional yang diatur dalam hukum internasional. BIT juga mengatur hak dan kewajiban investor dan negara termasuk di dalamnya kepentingan nasional. BIT yang ideal adalah BIT yang mengatur hak dan kewajiban para pihak secara seimbang.[13]

ICSID sebagai Salah Satu Alternatif Penyelesaian Sengketa Investasi

ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) merupakan evolusi atas konsep penyelesaian sengketa yang awalnya antara state to state, berubah menjadi Investor to State.[14] Mekanisme penyelesaian sengketa *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) melalui *International Centre for Settlement of Investment Dispute* (ICSID) ditetapkan melalui suatu konvensi yang disebut *Convention on the settlement of Investment disputes between states and nationals of other states* yang disahkan pada tanggal 18 Maret 1965 di Washington, yang ditandatangan oleh Indonesia pada tanggal 16 Februari 1968 serta diratifikasi melalui Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1968 tanggal 29 Juni 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warganegara Asing Mengenai Penanaman Modal. Konvensi ini kemudian diregistrasi oleh *International Bank for Reconstruction and Developmen*t atau yang biasa disebut World Bank pada tanggal 17 Oktober 1966.

Terbentuknya konvensi ini adalah sebagai akibat dari situasi perekonomian dunia pada waktu 1950-1960an, yaitu khususnya dikala beberapa negara berkembang menasionalisasi atau mengekpropriasi perusahaan-perusahaan asing yang berada di dalam wilayahnya.Tindakan ini mengakibatkan konflik-konflik ekonomi yang dapat berubah menjadi sengketa politik atau bahkan sengketa terbuka.[15] Tujuan dari konvensi ini untuk menjembatani jurang atau kekosongan upaya hukm didalam menyediakan kasus-kasus penanaman modal yakni dengan memberikan suatu mekanisme khusus berupa fasilias arbitrase dan konsiliasi. Serta dapat mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju kepada negara ketiga (*developing countries*).[16] Wewenang badan arbitrase khusus dan terbatas pada penanaman modal saja yang salah satu pihaknya adalah negara penerima penanaman modal (*host state*). ICSID tidak berwenang menyelesaikan sengketa antar subyek hukum perdata. ICSID menyelesaikan sengketa antarpemerintah sebagai subyek publik dan para investor sebagai subyek hukum perdata. Kedudukan pemerintah sebagai subyek hukum public karena pemerintah yang mengeluarkan berbagai izin terkait dengan investasi.

Di Indonesia, penyelesaian sengketa penanaman modal dalam negeri di atur di dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal. Pada Pasal 32 UndangUndang Penanaman Modal (UUPM) mengatur terkait sengketa di bidang

[11] Fries Melia Salviana, Kepastian Hukum Penerapan Bilateral Investment Treaty dalam Pelaksanaan Investasi di Indonesia. Kajian Masalah Hukum dan Pembangunan PERSPEKTIF Volume 23 Nomor 3 Tahun 2018 Edisi September, hal 186

[12] Rahmi Jened, Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment), (Jakarta:Kencana 2016). Hal 362

[13] Agvirta Armilia Sativa dan Agus Anwar. "Penanganan Gugatan Arbitrase Internasional Terhadap Pemerintah Indonesia". Modul Best Practice. Badan Pengembangan Sumber Daya Manusia Hukum dan Hak Asasi Manusia.Depok. Oktober 2020. Hal 11

[14] Sachet and Sooraj, "Investor-State Dispute Settlement Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap," Utrech Jurnal of International and European Law,Vol. 29 No. 76 in 2013, hal. 89-

[15] Huala Adolf, hlm 315

[16] Huala Adolf, hlm 326

penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat. Jika tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah dan mufakat, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilanyang biasanya disebut dengan *Alternative Dispute Resolution* (ADR) di Amerika, di Indonesia biasanya disebut dengan Alternatif Penyelesaian Sengketa (selanjutnya disebut APS) yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak. Jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan. Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus atau telah disepakati oleh para pihak.[17]Melaluiratifikasipemerintah Indonesia terhadap konvensi ICSID, dan berdasarkan kesepakatan para pihak yang tertuang di dalam BIT, dimungkinkan untuk dilakukannya penyelesaian sengketa melalui forum arbitrase ICSID.

Namun, kewajiban untuk mengunakan arbitrase ICSID dalam sengketa penanaman modal asning tentunya akan mempengaruhi pada pihak, baik Negara tuan ruamah (*host state*) maupun investor asing khususnya untuk menghindari tindakan-tindakan yang mengarah pada pelanggaran perjanjian dan hukum internasioanal. Namun jika terdapat perbedaan pendapat, maka untuk menghindar dari konfik yang berkepanjangan biasanya dilakukan suatu metode cara damai misalnya dengan negosiasi atau mediasi. Adanya kewajiban menggunkan arbitrase ICSID dalam pananaman modal asing serta efektifitas prosedur badan arbitrase itu sendiri, dapat memberikan manfaat bagi para pihak agar terjalinnya suatu kerjasama dalam jangka panjang. Oleh karena itu, G. Jaenike mengatakan bahwa sebaiknya Negara tuan rumah (*host State*) dan investor aasing dalam perjanjiannya agar selalu menyepakati untuk menggunakan arbitrase ICSID sesuai dengan ketentuan Konvensi Washington.[18]

Kasus Indonesia sebagai Pihak di Forum ICSID

1. **Kasus Pemerintah Kalimantan Timur vs PT Kaltim Prima Coal Rio Tinto Plc Bp P.L.C. Pacific Resources Investments Limited Bp International Limited Sangatta Holdings Limited Kalimantan Coal Limited (2007)**

   Pada tanggal 8 April 1982, PT KPC mengadakan perjanjian dengan Badan Usaha Milik Negara dengan nama Peruskan Negara Tambang Batubura untuk melakukan kegiatan usaha pertambangan batubara selama 30 tahun terhitung sejak tanggal 1 Januari 1992 di Sangatta, Kalimantan Timur, Kabupaten Timur. Kutai. Pada tanggal 16 Desember 1991, Peruskan Negara Tambang Batubura dilikuidasi dan digantikan oleh perusahaan milik negara lain, PT Tambang Batubura Bukit Asam Permasalahan dimulai sejak tahun 1996 sampai dengan tahun 2001, PT KPC harus menjual sahamnya untuk memenuhi Pasal 26 Kontrak KPC.

   Proses divestasi berdasarkan Pasal 26 adalah inti dari perselisihan ini. Untuk tujuan penentuan yurisdiksi, Pengadilan menganggap perlu untuk menyatakan beberapa fakta utama dari sengketa. Penggugat berpendapat bahwa:

[17] udhyMaramisWalangare. Penyelesaian Sengketa Tentang Penanaman Modal dalam Negeri MeneurutUndangUndnagNomor 25 Tahun 2007. Lex Crimen Vol. V/No.4/April-Juni/2016. Hal 44

[18] Tri Setiady. Peranan Arbitrase ICSID dalamKerangkaPenanaman Modal di Indonesia. Jurnal Yustisia Vol 4. Oktoberl 2018. Hal 215

"As result of Respondents' default in the performance of its (their) obligations under KPC CONTRACT and also violation of Law on Foreign Investment and Decisions of the Government of the Republic of Indonesia, Claimant has to incur damages inter alia in the form of loss of revenue/income from dividend which has been or will be distributed by PT KALTIM PRIMA COAL, which should have been received by Claimant"

Bahwa Pemohon merasa Termohon telah melakukan wanprestasi dalam melaksanakan kewajibannya berdasarkan Kontrak KPC dan juga pelanggaran Undang-Undang Penanaman Modal Asing dan Keputusan Pemerintah Republik Indonesia, Pemohon harus menanggung kerugian antara lain berupa kerugian pendapatan/penghasilan dari dividen yang telah atau akan dibagikan oleh PT KALTIM PRIMA COAL, yang seharusnya telah diterima oleh Penggugat. Penggugat meminta ganti rugi penuh atas kerugian tersebut sebesar US$ 469.333.921,56 (empat ratus enam puluh sembilan juta tiga ratus tiga puluh tiga ribu sembilan ratus dua puluh satu Dolar Amerika Serikat lima puluh enam sen).

Dalam analisisnya terhadap keberatan yurisdiksi, Pengadilan membuat temuan fakta bahwa untuk penentuan yurisdiksi harus didasarkan pada bukti ekstensif yang diajukan oleh Para Pihak. Pengadilan sampai pada kesimpulan bahwa persyaratan yurisdiksi yang ditetapkan oleh Pasal 25 Konvensi ICSID tidak terpenuhi dan tidak memiliki yurisdiksi atas sengketa ini.[19] Majelis mencatat bahwa Pemohon tidak dapat menunjukan indikasi serta hubungan yang jelas tentang kerugian yang disebabkan oleh tindakan Termohon yang dituduhkan (atau keuntungan yang diperoleh Termohon dengan tindakan tersebut). Dalam keadaan ini, sulit untuk mengakui bahwa Pemohon telah memenuhi beban pembuktiannya sehubungan dengan persyaratan ketiga untuk estoppel. Selain itu, Pengadilan menilai bahwa:

."..the Claimant is not a private party but a public entity which claims to have "stepped into the shoes of the State" or to be considered a designated subdivision of that State. The Tribunal has struggled with the question whether the Claimant could indeed bring a claim before ICSID and, if so, how to examine the jurisdictional requirements"

Berdasarkan pendapat Pengadilan, Pemohon bukanlah pihak swasta melainkan entitas publik yang mengklaim telah "*stepped into the shoes of the State*" atau dianggap sebagai bagian yang ditunjuk dari Negara itu. Pengadilan berkeyakinan bahwa Penggugat tidak dapat dianggap memiliki hak untuk mewakili Republik Indonesia di hadapan Pengadilan ICSID.

Pada kasus ini, *tribunal* menggunakan Pasal 25 ICSID sebagai dasar hukum untuk memutuskan bahwa ICSID tidak memiliki yurisdiksi untuk memeriksa dan menangani gugatan Pemerintah Provinsi Kalimantan Timur. Alasannya, pihak yang dapat berperkara dalam arbitrase ICSID adalah pemerintah suatu negara atau pihak swasta yang menanamkan modal di negara itu atau terlibat secara langsung dalam suatu BIT. Melihat ketentuan Pasal 25 ayat 3 Konvensi ICSID, yurisdiksi Pengadilan timbul dari sengketa hukum antara Negara Pihak (atau setiap subdivisi atau badan konstituen dari suatu Negara pihak pada Persetujuan yang ditunjuk untuk Pusat oleh Negara itu) dan warga negara dari Negara pihak lainnya; (ii) para pihak harus telah menyetujui secara tertulis untuk menyerahkan sengketa mereka ke arbitrase ICSID; (iii) perselisihan harus bersifat hukum; dan (iv) perselisihan akan timbul secara langsung dari suatu penanaman modal.

[19] International Centre For Settlement Of Investment Disputes, Government Of The Province Of East Kalimantan
V. Pt Kaltim Prima Coal Rio Tinto Plc Bp P.L.C. Pacific Resources Investments Limited Bp International Limited Sangatta Holdings Limited Kalimantan Coal Limited (2009).

Apabila dilihat dari karakteristiknya, Pemerintah Daerah memang merupakan Organ Negara sebagaimana merujuk pada Pasal 4 Konvensi *State Responsibility* dan mungkin saja untuk mengajukan gugatan di ICSID. Namun, dalam memutus kasus ini, tribunal mempertimbangkan bahwa terdapat dua isu penting yang harus diketahui dalam kasus ini yaitu masalah mengeni persetujuan/*consent* dan representasi. Mengenai masalah persetujuan, *tribunal* mengacu pada Pasal 2 Undang-undang No. 5 Tahun 1968. Menurut *tribunal*, ketentuan tersebut tidak memberikan hak kepada Pemerintah Kalimantan Timur untuk "mewakili Pemerintah Indonesia". Hal ini dikarenakan hanya Pemerintah Indonesia saja lah yang secara valid dapat memberikan persetujuan arbitrase di ICSID mewakili Republik Indonesia.[20] Masalah kedua yakni masalah representasi Pemerintah Kalimantan Timur sebagai perwakilan Indonesia. Tribunal juga mendasarkan putusannya berdasarkan surat tertanggal 10 Agustus 2006 (Exh. BP/RT 298) dan 21 Agustus 2007 (Exh. KPC 10) yang menyatakan Pemerintah Indonesia tidak pernah mengeluarkan otorisasi kepada Kalimantan Timur terkait PKP2B PT KPC termasuk mengajukan petisi berdasarkan PKP2B ke *International Centre for Settlement of Investment Disputes.* Hal inilah yang dijadikan dasar hukum *tribunal* menilai bahwa *attributable to state* tidak bisa diterapkan karena Pemerintah Indonesia telah menyatakan tidak memberikan otoritas kepada Pemerintah Kalimantan Timur untuk mengajukan gugatan di ICSID maupun merupakan representasi dari Pemerintah Indonesia. Mengutip pendapat Prof. Hikmahanto Juwana dalam Majalah Gatra yang menuturkan, *"jika ada pemerintah daerah atau departemen yang mengajukan gugatan, harus ada persetujuan dari Pemerintah pusat.*"[21], maka berdasarkan pendapat tersebut, persetujuan atau pengakuan dari Pemerintah Pusat bahwa Pemerintah Daerah merupakan representasi atau bertindak atas kehendak Negara merupakan hal yang tidak dimiliki oleh Pemerintah Kalimantan Timur sehingga tribunal merasa Pemerintah Kalimantan Timur telah "*stepped into the shoes of the State"* sehingga tribunal menolak seluruh gugatan penggugat.

2. Kasus Oleovest PTE LTD v Indonesia

Pada bulan Agustus 2016, Oleovest Pte Ltd v Republik Indonesia adalah klaim yang didasarkan pada BIT Singapura yang pertama kali diajukan, terdaftar di ICSID oleh anak perusahaan Mission New Energy yang berbasis di Singapura, terhadap Indonesia. Dapat dipahami bahwa klaim tersebut muncul setelah arbitrase domestik pada tahun 2013 terhadap mitra lokal Oleovest, perkebunan kelapa sawit milik negara Indonesia, PT Perkebunan Nusantara III, dimana USD 85 juta dalam kompensasi dimintakan karena dugaan pelanggaran Joint Venture Agreement (JVA). Perlu diperhatikan bahwa Oleovest v Indonesia telah muncul sesuai dengan BIT Singapura-Indonesia 2005, meskipun BIT telah berakhir pada Juni 2016. Itu tidak diperpanjang karena kebijakan investasi Indonesia, namun berisi klausul kelangsungan hidup/ *survival clause* yang melindungi investasi yang ada untuk sepuluh tahun berikutnya.[22] Berdasarkan BIT Singapura-Indonesia 2005, yang diakhiri oleh Indonesia tetapi memiliki klausul *survival clause* untuk investasi yang sudah ada sebelumnya, dan investor mungkin melihat BIT ini lebih pro-investor daripada dua perjanjian ASEAN yang berpotensi berlaku.[23]

[20] Paragraf 183 Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others (ICSID Case No. ARB/07/3)
[21] Muchlison S. Widodo dan Deni Mulya Barus, "Kaltim Menunggu Putusan Washington", *Gatra,* 2007.
[22] Mahdev Mohan, "Singapore and Its Free Trade Agreement with the European Union: Rationality Unbound," Journal of World Investment & Trade 18, no. 5-6 (2017): 858-889, hal 878.
[23] Kawharu, A., & Nottage, L. (2019). The Curious Case of ISDS Arbitration Involving Australia And New Zealand. University of Western Australia Law Review, 44(2), 32-70, hal 61.

Dalam kasus ini, Penggugat merupakan entitas kewarganegaraan Singapura dan Tergugat adalah Indonesia yang mempermasalahkan BIT Indonesia- Singapura tahun 2005. Gugatan ini diregistrasikan pada tanggal 10 Agustus 2016 dan disidangkan pada tanggal 22 November 2017. Namun, pada tanggal 29 November 2017, Pemohon mengajukan permintaan untuk penghentian proses sesuai dengan Aturan Arbitrase ICSID 44. Lalu pada tanggal 8 Desember 2017, Indonesia menyetujui penghentian proses persidangan yang diajukan oleh Pemohon. Akhirnya, pada tanggal 19 Maret 2018, Pengadilan mengeluarkan *procedural order* terkait *discontinuance* proses persidangan sebagaimana diatur dalam Pasal 44 Aturan Arbitrasi ICSID.

Kasus ini merupakan salah satu contoh dari *investor-state arbitration*, atau ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*). ISDS adalah suatu mekanisme yang memberikan kewenangan kepada investor asing untuk menuntut negara tujuan investasi melalui pengadilan arbitrase internasional. Gugatan bisa dilayangkan apabila negara tujuan investasi dianggap melanggar perjanjian yang telah disepakati kedua negara, atau negara tujuan investasi membuat regulasi yang dianggap mempersulit proses investasi. Suatu perusahaan multinasional dapat menggugat negara tujuan investasi dengan syarat kedua negara sepakat untuk memasukkan mekanisme ISDS dalam bab penyelesaian sengketa pada perjanjian investasi bilateralnya. Indonesia sendiri memiliki beberapa perjanjian investasi bilateral yang di dalamnya memasukkan mekanisme ISDS dalam bab penyelesaian sengketa.

ISDS diduga dirancang, bukan untuk melindungi kepentingan Negara tuan rumah, tetapi untuk melindungi investasi dan investor. ISDS, di mana arbitrase ICSID adalah contoh paling terkenal, didasarkan pada hubungan yang tidak seimbang antara investor (penggugat) dan Negara tuan rumah (responden), secara eksklusif mendukung yang pertama. Dengan demikian disebut sebagai "asimetris," "unilateral" dan "pro-investor." Ketidakseimbangan ini berasal dari tujuan dasar International Investment Agreement (IIA): untuk melindungi dan mempromosikan investasi. Dengan kata lain, arbitrase investasi tidak dirancang untuk menciptakan kewajiban investor. Karakteristik dasar ISDS ini telah memicu banyak masalah, salah satunya adalah terbatasnya kemampuan menangani isu korupsi dalam penanaman modal asing.[24]

Dalam Kasus Oleovest Pte.Ltd Pemerintah Indonesia menunjuk Brigitte Stern sebagai arbiter yang sudah memiliki banyak pengalaman sebagai arbiter dalam kasus-kasus di ICSID dan sebagai arbiter dalam forum-forum arbitrase lain seperti Singapore International Arbitration Center, Kuala Lumpur *Regional Center for Arbitration*, dan *Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar*. Selain itu Brigitte Stern dalam kasus-kasus dimana yang bersangkutan sebagai arbiter, Beliau memiliki pandangan yang berimbang antara kepentingan investor dan negara sebagai *host-state*.[25]

Terdapat kejanggalan dalam menemukan informasi mengenai kasus ini. Pertama, dalam situs resmi ICSID, tidak dapat ditemukan dokumen mengenai apa yang digugat oleh Oleovest sebagai penggugat terhadap Indonesia. Kedua, ditemukan keterangan adanya *dissenting opinion* dari salah satu arbiter yang ditunjuk ICSID yakni Gordon Smith namun tidak pula dapat ditemukan apa yang menjadi dasar *dissenting opinion* sebab tidak disematkannya dokumen putusan di situs resmi ICSID. Tentu dalam tulisan ini tidak akan membahas mengenai isu transparansi dari ICSID. Walaupun salah satu prinsip dalam investasi internasional adalah harus adanya transparansi baik dalam prosedur maupun pertimbangan tribunal.

[24] Lalani, Shaheeza, and Polanco Lazo, Rodrigo, eds. 2014. The Role of the State in Investor-State Arbitration. Leiden: BRILL. Accessed March 21, 2022. ProQuest Ebook Central.

[25] Agvirta Armilia Sativa dan Agus Anwar, Modul Best Practice Penanganan Gugatan Arbitrase Internasional Terhadap Pemerintah Indonesia: Teknis Substantif Bidang Pelayanan Otoritas Pusat dan Hukum Internasional, BPSDM KUMHAM Press, Depok 2020.

Isu lainnya, yang menarik dibahas adalah mengenai *survival clause* atau *sunset clause* yang termuat dalam BIT antara Indonesia dan Singapura yang menjadi landasan gugatan Oleovest. Meskipun di situs ICSID tidak ditemukan dokumen mengenai pertimbangan tribunal mengenai kasus ini, penulis mencoba untuk melihat apa yang menjadi dasar Penggugat mengajukan gugatan ke ICSID padahal mereka mengetahui bahwa BIT tersebut sudah tidak berlaku lagi. Pertama, mari kita lihat terlebih dahulu pengertian dari *sunset clause*. *Sunset clause* (kadang-kadang juga disebut sebagai *survival* atau *grandfathering clauses*) adalah klausa permulaan, yang menentukan awal dari masa berlakunya perjanjian. Dengan memasukkan klausa ini dalam suatu ketentuan suatu perjanjian, perjanjian tersebut dapat berlaku surut (berlaku untuk investasi yang dilakukan di wilayah suatu Pihak, baik sebelum atau setelah berlakunya perjanjian).[26] Jenis klausa ini adalah fitur BIT yang unik, memungkinkan BIT untuk terus menghasilkan efek hukum setelah dihentikan, untuk jangka waktu tertentu.[27] *Sunset clause* ini juga digunakan tidak hanya oleh Singapura dan Indonesia, dalam praktiknya klausa ini digunakan dalam BIT. Klausula ini dapat ditemukan pada *Article XIII Agreement Between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Indonesia on the Promotion and Protection of Investments* tepatnya di ayat ke- 3 yang menyatakan, *"With respect to investment made prior to the date of termination of this Agreement, the provisions of this Agreement shall continue to be effective for a further period of ten (10) years from the date of termination"*

Itulah sebabnya, Oleovest tetap mengajukan gugatan ke ICSID meskipun BIT sudah tidak diperpanjang lagi oleh Pemerintah Indonesia di tahun 2016. Kasus ini tidak dilanjutkan sebab Penggugat menarik gugatan dan disetujui oleh Pemerintah Indonesia sehingga berdasarkan Pasal 44 ICSID, kasus ini diberhentikan. Melihat diterimanya gugatan Oleovest oleh ICSID menunjukkan bahwa badan hukum non negara dalam konteks ini korporasi multinasional memiliki legitimasi untuk menjadi pihak dalam sengketa investasi Internasional dalam beberapa forum penyelesaian sengketa seperti halnya ICSID sepanjang terdapat relevansi atau hubungan antara penggugat dengan BIT atau RTA yang menjadi landasan aktivitas penanaman modal asing atau investasi asing di Negara tuan rumah.

KESIMPULAN

Konvensi ICSID sebenarnya sudah mengatur dengan jelas terkait siapa saja yang bisa menjadi pihak dalam sengketa investasi internasional dihadapan tribunal ICSID. Menjawab pertanyaan penelitian pertama terkait penafsiran subjek yang dapat bersengketa di ICSID, kita dapat merujuk pada Pasal 25 ayat 1 Konvensi ICSID,

"The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

Berdasarkan aturan tersebut, subdivisi konstituen atau agensi dari negara pihak yang *designated* oleh Negara tersebut ke *Centre* dapat mengajukan gugatan. Perihal penafsiran ini, kita dapat melihat pertimbangan tribunal pada kasus Pemda Kalimantan Timur vs PT Kaltim Prima Coal Rio Tinto Plc Bp P.L.C. Pacific Resources Investments Limited Bp International Limited Sangatta Holdings Limited Kalimantan Coal Limited (2007). Dalam pertimbangannya

[26] Antonios Kouroutakis and Sofia Ranchorda, "Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies," *Minnesota Journal of International Law* 25, no. 1 (2016): 29–78.

[27] Uche Ewelukwa Ofodile, "Managing Foreign Investment in Agricultural Land in Africa: The Role of Bilateral Investment Treaties and International Investment Contracts," *Law and Development Review* 7, no. 2 (2014): 329– 68, doi:10.1515/ldr-2014-0010.

tribunal tidak membantah bahwa Pemda Kaltim merupakan *organ state* dari Pemerintah RI. Dengan kata lain, Pemda Kaltim memang memenuhi kriteria sebagai kriteria *organ state* atau *state agency*. Namun, hal yang terlewatkan oleh Penggugat (Pemerintah Kaltim) yakni, Penggugat tidak memiliki izin dari Pemerintah Pusat RI untuk bertindak atas nama Pemerintah Republik Indonesia dalam kasus ini. Hal ini terbukti dengan putusan tribunal yang memutus bahwa Pemda Kaltim sudah *stepped into the shoes of the State* dengan berdasar pada Pasal 25 ayat 3 Konvensi ICSID. Selanjutnya, pada kasus kedua yakni Oleovest vs Indonesia, memang tidak dapat ditemukan pertimbangan tribunal yang menolak atau mengakui penggugat sebagai pihak yang berhak untuk mengajukan sengketa di ICSID. Namun, jika mengacu pada Pasal 25 ayat 1 dan ayat 2, Oleovest yang berkewarganegaraan Singapura memenuhi kriteria sebagai *juridicial person* sehingga ia dapat mengklaim haknya di hadapan ICSID dengan berlandaskan pada BIT Singapura dan Indonesia di tahun 2005.

Selanjutnya, menjawab pertanyaan kedua yakni kapan momentum dapat diajukan dan berakhirnya kesempatan pihak untuk mengajukan gugatan, kita bisa mengambil contoh pada kasus Oleovest vs Indonesia. Meskipun Pemerintah Indonesia sudah memutuskan untuk tidak melanjutkan BIT tersebut akan tetapi berkat adanya *sunset clause* dalam *Article XIII* BIT memungkinkan Oleovest untuk mengajukan gugatan ke ICSID. Sehingga BIT tersebut tetap berlaku hingga 10 tahun kedepan sejak pengakhiran BIT dilakukan.

REFERENSI

Adolf, H. (2005). *Hukum Ekonomi Internasional: Suatu Pengantar.* Bandung : Rajawali Press.

Anwar, A. A. (2020). *Modul Best Practice Penanganan Gugatan Arbitrase Internasional Terhadap Pemerintah Indonesia:Teknis Substantif Bidang Pelayanan Otoritas Pusat dan Hukum Internasional.* Depok: BPSDM KUMHAM Press.

Anwar, A. A. (2020, Oktober). Penanganan Gugatan Arbitrase Internasional Terhadap Pemerintah Indonesia". *Modul Best Practice. Badan Pengembangan Sumber Daya Manusia Hukum dan Hak Asasi Manusia.*

Bernasconi-osterwalder. (2020, March). Terminating a Bilateral Investment Treaty. *International Institute for Sustainable Development*.

Bjorklund, A. K. (2018). *The Legitimacy of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Legitimacy and International Courts.* Cambridge: Cambridge University Press.

Blythe, S. (2013). The Advantages of Investor-State Arbitation as a Dispute Resolution Mechanism in Bilateral Investment Treaties. *International Lawyer , 47*(2), 273.

Jened, R. (2016). *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment).* Jakarta: Kencana .

Kawharu, L. N. (2018). The curious case of ISDS arbitration involving Australia and New Zealand. *University of Western Australia Law Review, 44*(2), 32-70.

Mohan, M. (2017). Singapore and Its Free Trade Agreement with the European Union: Rationality Unbound. *Journal of World Investment & Trade, 18*(5-6), 858-889.

Ofodile, U. E. (2014). Managing Foreign Investment in Agricultural Land in Africa: The Role of Bilateral Investment Treaties and International Investment Contracts. *Law and Development Review, 7*(2), 329-368.

Peter Quayle and Xuan Gao, e. (2019). International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution . *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution*.

Ranchorda, A. K. (2016). Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies. *Minnesota Journal of International Law, 25*(1), 29-78.

Rihwanto, Y. (2016). Bilateral Investment Treaties Dan Penyelesaian Arbritase Internasional (Studi Kasus Pencabutan Izin Kuasa Pertambangan Churchill Mining). *Jurnal Lex Renaissance, 1*(1).

Rogers, C. A. (2013). The Politics of International Investment Arbitrators. *Santa Clara Journal of International Law, 12*(1).

Salviana, F. M. (2018, September). Kepastian Hukum Penerapan Bilateral Investment Treaty dalam Pelaksanaan Investasi di Indonesia. *Kajian Masalah Hukum dan Pembangunan PERSPEKTIF , 23*(3).

Setiady, T. (2018). Peranan Arbitrase ICSID Dalam Kerangka Penanaman Modal Di Indonesia. *Yustitia, 4*(2).

Shaheeza Lalani, a. R. (2015). *The role of the state in investor-state arbitration.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Sooraj, S. a. (2013). Investor-State Dispute Settlement Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap. *Utrech Jurnal of International and European Law, 29*(76).

Walangare, J. M. (2016, April-Juni). Penyelesaian Sengketa Tentang Penanaman Modal dalam Negeri MeneurutUndangUndnagNomor 25 Tahun 2007. *Lex Crimen, V*(4).

Wittich,S. (2017). *International Investment Law*. *The Practice of Shared Responsibility in International Law* 12(2)

International Centre For Settlement Of Investment Disputes, Government Of The Province Of East Kalimantan V. Pt Kaltim Prima Coal Rio Tinto Plc Bp P.L.C. Pacific Resources Investments Limited Bp International Limited Sangatta Holdings Limited Kalimantan Coal Limited (2009)

Paragraf 183 Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others (ICSID Case No. ARB/07/3)